



**GRADO EN ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN DE
EMPRESAS**

CURSO ACADÉMICO 2019-2020

TRABAJO FIN DE GRADO

MENCIÓN EN FINANZAS

Análisis de los fallos en los Gobiernos Corporativos

Analysis of failures in corporate governments

AUTORA: ALEJANDRA URREA IDROBO

TUTOR: Daniel Martínez Toca

INDICE

Resumen.....	5
1. Justificación del tema de trabajo.	6
2. Introducción derecho mercantil.....	7
2.1 Historia de las Sociedades Anónimas Cotizadas.	7
3. Ley de sociedades de Capital RDL 1/2010, de 2 de julio.	8
3.1 Las sociedades de capital. Características generales	9
3.2 Los órganos sociales.	10
3.2.1. La junta general	10
3.2.2 La administración de la sociedad	12
4. Introducción a las sociedades cotizadas	14
4.1 Especialidad de la Junta General y el consejo de administración.	15
4.2 El consejo de administración.....	16
5. Conflicto de agencia.	17
6. Código de buen gobierno de los consejos de administración.....	18
6.1 Evolución histórica de los Códigos de Gobierno.	18
6.2 Códigos de buen Gobierno en España	19
6.1.1 El Código Olivencia en 1998	20
6.1.2. Código Aldama año 2003	21
6.1.3. Código Conthe año 2006	21
6.1.4. Código Unificado de buen Gobierno revisión año 2013	22
6.1.5 Código de buen Gobierno año 2015	22
6.3. Las necesidades del buen gobierno y las medidas de control.	23
6.4. Principales órganos de control.....	24
6.4.1 Comisión de auditoría.	24
6.4.2. Auditoría externa	25
7. Casos Prácticos de gobiernos corporativos.....	26
7.1 EL Caso Enron	26
7.1.1 El papel de Arthur Andersen	28
7.2 Caso Parmalat.....	28
7.3 Casos en España	30
7.3.1. Gowex	30
7.3.2 Pescanova	32

7.3.3 Bankia- Caja Madrid y Las tarjetas Black 33

8. Conclusiones..... 35

Bibliografía 37

Análisis de los fallos en los Gobiernos Corporativos

Índice de tablas

Tabla 1 COMPARATIVA PRINCIPALES CARACTERISTICAS SA Y SL 12

Tabla 2 Principales características de la junta general..... 13

Resumen

El objetivo de este Trabajo Fin de Grado es abordar el estudio del gobierno corporativo, un tema que en los últimos años ha sido de gran interés a nivel académico y empresarial. Analizando los escándalos financieros con mayor repercusión de los últimos años, con la finalidad de reforzar los controles a los gobiernos corporativos

Para ello se habla del marco normativo y su evolución dentro del marco jurídico. Centrándose en los órganos de gobierno de las sociedades de capital en especial la sociedad anónima cotizada. Sobre los órganos de gobierno de estas sociedades es sobre lo que versa este trabajo, ya que en los últimos años y diferentes códigos de buen gobierno siguen surgiendo escándalos de directivos que se aprovechan de información privilegiada.

Para ello analizaremos tres de los casos más importantes de los últimos años y veremos las consecuencias que tuvo tanto a nivel económico como en cambios legislativos. Buscando dar respuesta a la pregunta ¿porqué no se detectaron antes?

This final degree project addresses the corporate governance which has been a topic of heightened interest in recent years at the academic and business levels in the wake of the financial scandals in the past two decades.

It starts off by talking about the regulatory framework and its evolution within the corporate enterprises act, the following describes the governing bodies of capital firms, in particular, listed public limited company. This work focuses on the governing bodies of these companies since in the last years managers scandals, by the exploitation of insider information, have emerged and continue to emerge across the world.

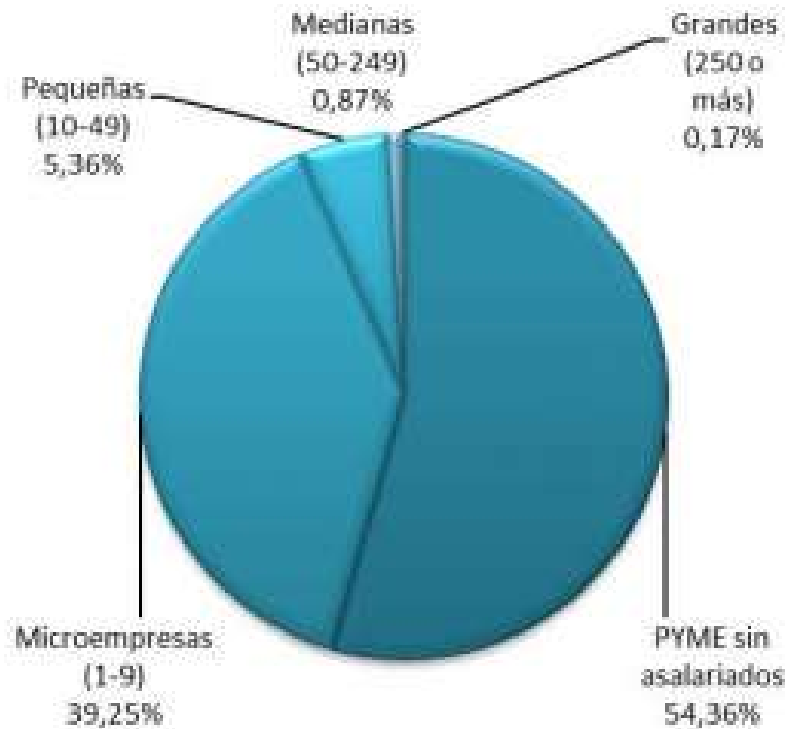
To achieve this, the three most important cases of recent years are analyzed so that its economic and legal consequences can be observed. Seeking to answer the question, why were they not detected before?

Análisis de los fallos en los Gobiernos Corporativos

1. Justificación del tema de trabajo.

En España el tejido empresarial está formado en su mayoría por pymes y autónomos. La gran mayoría de estas Pymes están inscritas como sociedades anónimas o sociedades limitadas. En el gráfico 1 podemos observar la proporción de empresas según su tamaño.

Gráfico 1: Distribución del número de empresas por tamaño



(INE, 2020)

Las grandes empresas representan solo un pequeño porcentaje del tejido empresarial, pero a pesar de ello, dan trabajo al 34 % de asalariados del país, y ese dato es muy relevante para nuestro trabajo. Ya que cualquier decisión tomada por estas empresas afecta en gran medida a nuestra economía. Pero dentro de las grandes empresas nos vamos a centrar solo en las empresas cotizadas, son tan solo 129.

Toda la información relacionada con estas compañías tiene una gran repercusión en la economía y la sociedad de nuestro país. Cualquier escándalo en su gestión compromete la economía, ya que si pierden valor o confianza repercute en el resto de las sociedades que cotizan en el sector. Por esta razón, el legislador regula con mayor exhaustividad estas empresas.

Por ello dentro de los múltiples temas, de los que podríamos hablar de la Ley de sociedades de capital, considero que uno de los temas a estudiar más a fondo es la forma de funcionamiento y gestión de estas grandes empresas. Pero para llegar a este punto debemos conocer antes la historia de la evolución de las sociedades de capital. (Diez Estrella, 2017)

2. Introducción derecho mercantil

Antes de empezar a estudiar la ley de sociedades de capital a partir de ahora conocida como LSC vamos a resumir su evolución histórica. Por tanto, debemos empezar estudiando el derecho mercantil.

El derecho mercantil tiene como objeto el empresario y la actividad que este desarrolla en el mercado, por tanto, forma parte del derecho privado. Las primeras apariciones del derecho mercantil surgen en la edad media como consecuencia de la inadaptación del Derecho común vigente de la época.

De esa necesidad nace el *ius mercatorum* o derecho de los comerciantes. Nació así, un derecho corporativo que agrupaba las necesidades de los gremios en sus transacciones. Fueron, por tanto, unas normas creadas a partir de las costumbres y la producción autónoma. Este derecho fue evolucionando y en los siglos XVI y XVII fue estatalizado, siendo a partir de esta época el estado quien legisla y crea las leyes, sentando las bases para la creación de los códigos de comercio en toda Europa.

La primera codificación mercantil en España fue promulgada en 1829 obra de un solo jurista Pedro Sanz de Andino, y fue considerado el mejor código de su tiempo. Después de su publicación se elaboraron multitud de leyes especiales que culminaron en el vigente Código de Comercio promulgado en 1885.

Sin embargo, esta evolución no paró ahí, ya que a través de la industrialización y la globalización se ha creado un derecho mercantil de vigencia universal, ordenado a través de tratados como el tratado de la Comunidad Económica Europea. Todos estos cambios han provocado que el Código de Comercio vigente desde hace más de un siglo se haya quedado obsoleto.

Desde el ingreso de España en la comunidad europea la creación de normas se debe adaptar a las políticas de la CEE a través de los reglamentos (normas directamente aplicables a todos los estados miembros de la UE), o por medio de directivas que dan libertad a los estados para conseguir un fin. Estas directivas han abierto un continuo proceso de adaptación del derecho interno al comunitario siendo un ejemplo de ellos el régimen jurídico de las sociedades mercantiles.

Mediante la necesidad de adaptarse a estas directivas se introdujo una gran reforma a través de la ley 19/1989 de, 25 de julio, fue una adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de sociedades, mediante esta ley se modificaron artículos del Código de Comercio, se derogan otros y se da una nueva redacción a la LSA y se modifican varios artículos de la ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Al amparo de ese real decreto se introduce una nueva modificación a través del real decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital.

2.1 Historia de las Sociedades Anónimas Cotizadas.

Las sociedades anónimas tienen sus orígenes en las campañas de las indias durante el siglo XVII. Los reinos europeos necesitaban conquistar los nuevos territorios y explorar las nuevas rutas coloniales. Con esta necesidad surgen las Compañías Coloniales.

Análisis de los fallos en los Gobiernos Corporativos

Una de las primeras sociedades de este tipo que se crearon fue la Compañía Holandesa de las Indias donde ya aparecían unas características propias de las sociedades anónimas como son:

- El capital era proporcionado mediante numerosas aportaciones de capital de los inversores. Estas aportaciones de capital se representaban mediante acciones, tal como ocurre hoy en día.
- Los socios gozaban de una responsabilidad limitada a la cantidad aportada. Debido a los grandes riesgos que suponían piratería, hundimiento de las naves...

A pesar de estas similitudes también existían grandes diferencias:

- Fueron creadas a iniciativa del poder público, gozando así de unos privilegios especiales.
- Por último, no todos los accionistas gozaban de los mismos derechos.

La Compañía Holandesa no fue solo una de las primeras Sociedades Anónimas sino también fue una de las primeras cotizadas. En el mismo instante de su creación en 1602 se constituyó la primera bolsa de valores y la primera en funcionar como un mercado bursátil donde se podía comprar y vender acciones.

Durante la revolución industrial fueron creando se otras compañías de grandes magnitudes, pero sin carácter público. La industrialización puso de manifiesto la necesidad de aportar grandes sumas de capital para desarrollar los grandes avances de la época como fueron la aplicación de la máquina de vapor, los telares, la metalurgia entre otras industrias.

En España hubo que esperar hasta el año 1829 fecha en la que se publicó el primer Código de Comercio, para encontrar esta forma de organización (Sociedades anónimas) y aun entonces se necesitaba que los tribunales de comercio aprobaran los estatutos sociales. En el Actual código de comercio (1885) ya se elimina el requisito de autorización previa.

3. Ley de sociedades de Capital RDL 1/2010, de 2 de julio.

Como explicamos en el apartado anterior esta ley nació de la necesidad de crear un texto refundido que contuviera en un texto único sobre las Sociedades anónimas y las limitadas, además de recoger también parte de la ley de Mercado de valores, y como mención especial también se incluyen en las sociedades de capital la comanditaria por acciones.

Dada la extensión y complejidad de esta ley, no permite que en este TFG pueda realizar un análisis exhaustivo de la materia. Así, la intención es analizar el Título XIV Sociedades anónimas cotizadas. Antes de entrar en materia, debemos saber que se entiende en derecho por Sociedad de capital. Por tanto, se define como sociedad de capital aquellas sociedades constituidas mediante un capital social, aportado por los socios, dividido bien en acciones o participaciones y la responsabilidad de los socios respecto a las pérdidas será limitada con excepción de los casos de la Sociedad Comanditaria por acciones

3.1 Las sociedades de capital. Características generales

Con la expresión sociedades de capital se hace referencia a tres clases de sociedades mercantiles, que a pesar de poseer cada una de ellas peculiaridades tipológicas y de régimen jurídico diferente, comparten una característica común, es su condición capitalista.

Lo importante en este tipo de sociedades no son la personalidad de los socios, si no el capital que aportan a la misma, en función de las cuales se determina la participación de cada socio en la sociedad.

Las tres clases de sociedades de capital son la sociedad anónima (incluida la sociedad anónima cotizada), la sociedad de responsabilidad social limitada y la sociedad comanditaria por acciones. Por razones de importancia para este proyecto solo haremos un resumen de la sociedad anónima y la sociedad limitada.

Las sociedades anónimas se presentan como el modelo para atender a las exigencias organizativas y funcionales de las grandes empresas. En particular son la forma característica de las sociedades cotizadas o bursátiles. Estas empresas cotizadas quedan sometidas a un régimen jurídico adicional, derivado de la normativa sobre mercado de valores como son los requisitos para la emisión de valores, deberes reforzados de información y transparencia. La característica principal de las sociedades anónimas frente al resto de sociedades mercantiles es la forma de división de su capital.

Las sociedades de responsabilidad limitada tienen su origen en el siglo XIX como una forma social, orientada a proporcionar a las pequeñas y medianas empresas un modelo societario alternativo a las organizaciones personalistas. Esta forma jurídica tiene un carácter mixto o híbrido entre una forma capitalista y una forma personalista, siendo una sociedad esencialmente cerrada. Esto lo podemos observar en dos aspectos fundamentales, su capital está dividido en participaciones que no tienen la condición de valores mobiliarios (art. 92.2 LSC). Las participaciones no son objeto de negociación lo que se traduce en una escasa capacidad para recurrir al ahorro colectivo. (Ley de Sociedades de Capital, 2020)

Para poder observar mejor las diferencias y similitudes hemos creado la tabla 1.

Tabla 1 COMPARATIVA PRINCIPALES CARACTERISTICAS SA Y SL

	Sociedad Limitada	Sociedad Anónima	
Responsabilidad	Limitada	Limitada	
Capital mínimo	3.000€	60.000€	ART:4.
Desembolso en origen del capital	Totalmente suscrito y desembolsado	Totalmente suscrito y desembolsado en al menos una cuarta parte.	Art.78 y 79
Capital dividido	Participaciones	Acciones	Art. 1.
Transmisibilidad	Limitado No son valores mobiliarios	Ilimitada Son valores mobiliarios	Art.107 y 120

Análisis de los fallos en los Gobiernos Corporativos

3.2 Los órganos sociales.

3.2.1. La junta general

En el artículo 159 de la LSC se dice que *“todos los socios reunidos en junta general decidirán por la mayoría legal o estatutaria, en los asuntos propios que le competen a la misma., incluidos los disidentes y los que no hayan participado.”*

Estos asuntos propios de competencia de la junta quedan determinados en el art. 160, los más importantes son la aprobación de las cuentas anuales, aplicación de resultados, nombramiento y separación de administradores o liquidadores, modificación de los estatutos, aumento o disminución de capital o cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos.

Hay dos tipos de juntas las ordinarias y las extraordinarias. La junta general ordinaria es aquella en la cual deber reunirse dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio. El resto de las juntas se consideran extraordinarias.

La junta general ordinaria será convocada por los administradores dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, si no se respetaran los plazos de convocatoria se podrá solicitar ante el secretario judicial o el registrador mercantil, se habla en este caso de convocatoria judicial.

La forma en la que debe efectuarse la convocatoria de junta general es a través de la página web si esta está legitimada conforme a lo dispuesto en el art. 11 bis de la LSC. Esta forma se podrá sustituir por cualquier otro procedimiento de comunicación individual y escrita que asegure la recepción por todos los socios. Además en el caso de las SA cotizadas se publicará en Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) y en uno de los diarios de mayor distribución de la región donde tenga el domicilio social

La junta general se celebrará, en el término municipal donde tenga su domicilio en el lugar y hora señalado. EL derecho a asistencia a las juntas generales es diferente conforme hablamos de sociedad limitada y sociedad anónima, punto que aclaramos en la tabla 2. Podrán asistir a la misma los socios con derecho a voto, asimismo como los administradores y las personas que en los estatutos estén autorizadas.

Para la constitución de la junta se necesita un quorum de asistencia mínima, por ello la ley exige la formación de una lista de asistentes, expresando el carácter o representación de estos y la parte del capital social que ostentan. La junta se puede constituir en primera o segunda convocatoria. Entre ambas convocatorias tiene que haber transcurrido al menos 24 horas. Si no se hubiera previsto la fecha de la convocatoria en el anuncio de la junta deberá ser pronunciada como la primera convocatoria con al menos diez días de antelación.

Aunque la regulación básica de este órgano es común a todas las sociedades existen numerosas especificaciones a las sociedades cotizadas. Estas sociedades están obligadas a aprobar un reglamento específico para la junta general. En el podrán recogerse todas las cuestiones relativas a su operativa o funcionamiento (art 512 y 513 LSC). Así mismo se recoge en el título XIV una sección específica al funcionamiento de la junta general (art 514 al 527 LSC).

En la siguiente tabla podemos ver una comparativa de las dos principales formas de sociedad y la aplicación en las sociedades cotizadas. Debemos puntualizar que en el caso de las sociedades cotizadas se encuentra en la ley las características diferentes o excepciones en los artículos 511.bis al 527 de la misma ley.

Tabla 2 Principales características de la junta general.

	Sociedad limitada	Sociedad Anónima	Sociedad Anónima Cotizada
Forma de la convocatoria	Se puede convocar a través de la página web si ha sido creada. Publicando en el BORME y en uno de los diarios de mayor publicación en su provincia. O a través de cualquier medio de comunicación individual y escrita recogido en los estatutos	Lo mismo que en las sociedades limitadas.	En el BORME, en la página WEB de la CNMV, Y en su propia página WEB
Plazo previo convocatoria de la junta general	Mínimo con 15 días	Mínimo un mes	Mínimo un mes
Asistencia	Todos los socios sin participación mínima.	Los estatutos podrán exigir un número mínimo de acciones para poder asistir. No pudiendo superar el uno por mil. Además, se permite la asistencia telemática	Igual que en las SA, salvo que el número mínimo no puede superar las 1.000 acciones
Representación	Solo podrán representarlo su cónyuge, ascendiente o descendiente, otro socio o persona que ostente un poder general sobre todo su patrimonio nacional.	Todos los accionistas que tengan derecho a asistir podrán nombrar representante, aunque no sea accionista. En los estatutos se puede limitar.	Igual que en las SA, con la salvedad que los representantes podrán ejercer el derecho de diferentes usuarios e igual que las entidades intermediarias con votos en diferentes sentidos.
Voto	Salvo que los estatutos indiquen lo contrario, cada participación da derecho a voto.	Los estatutos podrán fijar con carácter general el número máximo de votos que podrá ejercitar una accionista o un mismo grupo.	Lo mismo que en SA
Lista de asistentes	Se incluirá en el acta necesariamente.	No hay obligación de incluir en el acta.	Lo mismo que en SA

Análisis de los fallos en los Gobiernos Corporativos

Constitución de la junta	No se necesita quorum mínimo.	Quorum del 25% en 1ª convocatoria, y cualquiera en 2ª convocatoria.	Lo mismo que en SA
Derecho de información	Pueden solicitar la información antes y durante la junta. Solo se podrá negar si perjudica a la sociedad, con la salvedad de que lo solicite más de 25% del capital social.	Pueden solicitar información hasta 7 días antes, o durante la junta teniendo los administradores un plazo de 7 días para responder. Se podrán oponer a dar la información si perjudica a la sociedad o no es necesaria, estando obligados si lo solicita accionistas con más del 25% del capital. siendo responsables de su uso los accionistas.	Lo mismo que en SA
Mayoría ordinaria	Se acordará por mayoría siempre que representen 1/3 de los votos	Se adoptarán por mayoría simple, de los asistentes	Lo mismo que en SA
Mayoría Legal	Sera necesario más de 1/2 de los votos	Si el capital representado es más del 50%, se adoptará por mayoría absoluta. Si no en segunda convocatoria se exige 2/3 de los votos y un 25% de capital representado.	Lo mismo que en SA
Mayoría legal Reforzada	En los estatutos se podrán reforzar estas mayorías.	En los estatutos se podrán reforzar estas mayorías.	Lo mismo que en SA

3.2.2 La administración de la sociedad

Es el órgano en cargo de la gestión y representación de la sociedad en los términos establecidos por la Ley. La administración de la sociedad puede organizarse a través de un administrador único o administradores solidarios o un consejo de administración.

La ley da la posibilidad de elegir cualquiera de ellos, pero el modo de organización debe estar recogido en los estatutos de la sociedad y cualquier modificación que no esté prevista en los mismos, con lleva una modificación de los estatutos.

Los administradores podrán ser personas físicas o jurídicas. Las únicas prohibiciones son para los menores no emancipados y las personas inhabilitados conforme a la ley Concursal, los condenados por delitos de libertad, patrimonio u orden socioeconómico, o cualquier clase de falsedad. Tampoco podrán ser administradores los funcionarios con funciones relacionadas a las actividades propias de la sociedad.

Sera la junta de administración quien nombre al administrador o administradores. Una vez aceptado dicho nombramiento deberá ser presentado a inscripción en el registro mercantil, donde constara la identidad de los nombrados y si pueden actuar en solitario o de forma conjunta.

En principio el cargo de administrador es gratuito, aunque los estatutos pueden establecer lo contrario determinando un sistema de remuneración. Este sistema establecerá el concepto o conceptos retribuidos a percibir por los administradores. Siendo el importe máximo de la retribución anual del conjunto de los administradores establecido por la junta general, dicha remuneración deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables.

Los administradores deben desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo una dedicación adecuada y adoptando la buena dirección y control de la sociedad. Debiendo desempeñar el cargo con la lealtad, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad, La infracción de este deber conllevará la obligación de indemnizar por el daño causado y también la devolución del enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

En la tabla 3 podemos observar las principales diferencias de los órganos de administración entre las sociedades limitadas y anónimas y las cotizadas. Aunque en el caso de las sociedades anónimas cotizadas más adelante hablaremos más ampliamente, ya que es uno de los puntos en los que la ley más se extiende, y dada su importancia en el objeto de nuestro estudio.

Tabla 3. Principales características de los órganos de administración.

	Sociedad limitada	Sociedad Anónima	Sociedad Anónima Cotizada
Organización de la administración	Los estatutos podrán establecer diferentes modos de organización, siendo la junta quien decidirá.	Cuando se realice una administración por dos socios será mancomunada, si son más se constituirá un concejo de administración.	Deben ser administradas por un concejo de administración. Además, debe velar por la diversidad, de género.
Remuneración	Gratuito excepto que fije otra cosa los estatutos	Gratuito excepto que fije otra cosa los estatutos	Necesariamente retribuido, salvo disposiciones contrarias en los estatutos
Remuneración mediante participaciones	El porcentaje de máximo de participaciones no podrá ser superior al 10% de los beneficios repartibles.	La participación solo podrá ser retraída de los beneficios líquidos, después de cubrir reservas y repartir entre socios un 4% del valor de las acciones.	Igual que en las Sociedades Anónimas
Duración del cargo	Ejercerán el cargo de forma indefinida, salvo que los estatutos fijen un plazo determinado.	Durante el plazo que determine los estatutos, no pudiendo exceder los 6 años, podrá ser reelegidos una o varias veces.	La que fijen los estatutos, no superando los cuatro años, pueden ser reelegidos.

Análisis de los fallos en los Gobiernos Corporativos

Facultades indelegables	Son las facultades recogidas en el artículo 249 bis de la LSC.	son las facultades recogidas en el artículo 249 bis de la LSC.	Se aplica el artículo 249 bis y el 529.ter de la LSC
-------------------------	--	--	--

4. Introducción a las sociedades cotizadas

Una vez explicadas las diferencias sustanciales entre sociedades limitadas y anónimas, vamos a explicar el caso particular de las Sociedades Anónimas Cotizadas. Como hemos explicado antes las sociedades anónimas son las únicas en nuestro ordenamiento que permiten la transmisión libre de sus acciones. Por tanto, se entiende como sociedades anónimas cotizadas a las SA cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado secundario oficial de valores, según establece el *artículo 495 de la Ley de Sociedades de Capital*.

Para poder ser una SA cotizada debe cumplir los siguientes requisitos:

- Debe ser una Sociedad anónima o si extranjera una empresa de igual similitud, y que opere de acuerdo con sus estatutos y escritura de constitución.
- El capital debe estar dividido por acciones y ser libremente transmisible. También se exige que tenga un valor de 6 millones de euros, y que al menos el 25% de las acciones estén repartidas en manos de pequeños inversores.

Como norma general para poder cumplir con este requisito se suele hacer previamente una oferta pública de suscripción (OPS).

La normativa aplicable a estas sociedades se encuentra recogida en la LSC en el Título XIV Sociedades anónimas cotizadas, el índice de este título es el siguiente:

TITULO XIV SOCIEDADES ANONIMAS COTIZADAS

- CAPITULO I: Disposiciones generales
- CAPITULO II: Especialidad en materia de acciones
- CAPITULO III: Especialidad en materia de suscripción de acciones
- CAPITULO IV: Límite máximo de autocartera
- CAPITULO V: Obligaciones
- CAPITULO VI: Especialidades de la junta general de accionistas
- CAPITULO VII: Especialidades de la administración
- CAPITULO VIII: Pactos parasociales sujetos a publicidad
- CAPITULO IX: Información societaria

En este trabajo nos centraremos en el Consejo de administraciones de las sociedades anónimas cotizadas en el mercado continuo que hay finales de 2019 eran 129 empresas. Debemos conocer cuáles son sus funciones y competencias que tiene asignadas el consejo de administración. También hablaremos más adelante del código de buen gobierno.

4.1 Especialidad de la Junta General y el consejo de administración.

Las sociedades anónimas cotizadas actúan mediante dos órganos, La junta general de accionistas, que es el órgano que tiene la potestad de tomar acuerdos y expresar la voluntad social mediante los votos, según las decisiones tomadas por este órgano el consejo de administrador gestiona y dirige la sociedad. (Moreno, 2015)

La junta general de accionistas de las empresas cotizadas cumple en su mayoría con las especificadas para las sociedades anónimas, pero tienen una regulación especial en ciertos temas, los cuales se le aplican únicamente a esta forma societaria como son:

- La junta general debe aprobar un reglamento específico para la junta general. En él se deben contemplar todas las materias que competen a la junta. Debe ser comunicado con una copia al CNMV y se inscribirá en el registro mercantil.
- Se garantiza la igualdad de trato y la accesibilidad de las personas mayores y discapacitados.
- Una sociedad cotizada no puede realizar operaciones con autocartera en los días anteriores a la publicación de resultados o ante el anuncio de una operación relevante.
- De igual manera se regula el volumen de compra o venta de la autocartera porque esto puede modificar los precios de las acciones.
- En su página web desde el momento del anuncio de la convocatoria se publicará en su web toda la información relevante a la misma, los temas a tratar, las propuestas de acuerdos, en caso de nombramiento o ratificación del consejo los datos pertinentes para su elección.

Por otro lado, la administración de las sociedades anónimas debe ser a través de un consejo de administración, tal cual lo recoge el art. 529 bis:

Artículo 529 bis. Carácter necesario del consejo de administración.

1. Las sociedades cotizadas deberán ser administradas por un consejo de administración.

2. El Consejo de administración deberá velar porque los procedimientos de selección de sus miembros favorezcan la diversidad respecto a cuestiones, como la edad, el género, la discapacidad o la formación y experiencia profesionales y no adolezcan de sesgos implícitos que puedan implicar discriminación alguna y, en particular, que faciliten la selección de consejeras en un número que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres.

El artículo dos fue modificado por la ley 11/2018 sobre la paridad de género, es una de las muchas muestras de la importancia de regular este órgano. Por tanto, hablamos de un órgano colegiado, en el cual sus miembros deben actuar de forma conjunta para su gestión y representación. Existen por tanto unas especialidades particulares que recogemos a continuación:

- En el artículo 528 El consejo debe aprobar un reglamento de normas de régimen interno y funcionamiento del consejo, que contendrá las medidas concretas para

Análisis de los fallos en los Gobiernos Corporativos

el mejor manejo de la administración. Se comunicará al CNMV y se inscribirá en el Registro mercantil.

- El consejo de administración no pudo delegar las facultades expresadas en el artículo 249 bis y tampoco a las expresadas en el artículo 529 ter:
 - La aprobación del plan estratégico o de negocios, presupuestos y política de gestión.
 - La política de control y gestión de riesgos
 - La política de gobierno corporativo
 - La aprobación de la información financiera
 - La definición de la estructura social
 - La aprobación de inversiones y operaciones de todo tipo, que tengan un carácter estratégico o especial riesgo fiscal.
 - La aprobación o adquisición de entidades en paraísos fiscales u operaciones que pueden menoscabar la transparencia de la sociedad.
 - La aprobación, previo informe de la comisión de auditoría, de las operaciones que la sociedad, o sociedades de su grupo, realicen con consejeros o accionistas titulares de una participación significativa, todo ello previo informe de la comisión de auditoría.

En el punto anterior queda de manifiesto la importancia de este órgano, y las grandes necesidades de regulación, ya que las decisiones que toma afectan en gran medida a la organización. Por ello el capítulo V del título VI LSC tiene como función delimitar la responsabilidad de los administradores de la sociedad.

4.2 El consejo de administración

A menudo se contempla el consejo de administración como un órgano de gestión cuya función es conducir los negocios ordinarios de la compañía. Sin embargo, en el caso de las sociedades cotizadas esto no ocurre así, esta función la ejecuta el equipo de dirección.

El consejo se encarga de tomar las decisiones que más valor pueden añadir al gobierno de la sociedad, por tanto, el consejo de administración debe configurarse básicamente como un instrumento de supervisión y control, dirigido a alinear los planes de quienes gestionan la sociedad con los que aportan los recursos.

Pero esto no significa que el consejo deba perseguir los intereses de los accionistas a cualquier precio, los intereses de los accionistas son una guía de actuación que tendrá que desarrollarse respetando las normas, cumpliendo las de buena fe.

Es la Junta general de accionistas quien designa a los consejeros, aunque si se produjera una vacante es el consejo quien puede cubrirla de forma provisional. Dentro de los consejeros tenemos diferentes categorías:

- Los consejeros ejecutivos son los que desempeñan funciones de dirección en la sociedad, o mantenga un vínculo jurídico con la misma o cualquier empresa del grupo. El resto de los consejeros son dominicales, independientes o externos.

- En el **artículo 529 de dieces** se recogen los casos en los que no se consideraría un consejero independiente como puede ser quienes hayan trabajado para el grupo (salvo que hayan transcurrido 3 o 5 años), socios o auditores externos durante los últimos 3 años.

A la cabeza del consejo de administración se encuentra el presidente. Se trata de una figura de gran importancia. El presidente es el máximo responsable de la eficacia del consejo. Ha de ocuparse de convocar, presidir y dirigir las reuniones, sino que también velar porque los miembros del Consejo reciban la información necesaria, para la toma de decisiones.

Otra pieza importante es la figura del secretario, se ocupa de prestar a los consejeros el asesoramiento e información necesarios, conservar la documentación y llevar las actas de las sesiones, dando fe de las resoluciones.

Los consejeros no tienen asignada ninguna función específica, pero todos ellos han de asistir a las sesiones, podemos tener consejeros externos o que provengan de la vertiente ejecutiva, por ello si deben delegar su voto solo podrán hacerlo dentro de su clase.

El consejo de administración podrá constituir comisiones especializadas que apoyen en algunas áreas de especial relevancia el buen gobierno. El consejo será quien determine sus funciones y competencias.

En el **artículo 529 quaterdecies** encontramos legislada la comisión de auditoría. Esta comisión consiste fundamentalmente en evaluar el sistema de verificación contable, velar por la independencia del auditor externo y revisar el sistema de control interno.

Para terminar de hablar del consejo de administración debemos hablar de su remuneración, como ya sabemos es necesariamente retribuido excepto que se disponga lo contrario en los estatutos.

La compañía debe proceder con cierta cautela, orientándose por la exigencia del mercado y considerando la responsabilidad del cargo. De manera que ofrezca un incentivo para realizar su trabajo pero que no comprometa su independencia.

La junta general fijará una cuantía máxima de remuneración que se dividirá entre los consejeros, siendo el consejo de administración el encargado de determinar la cuantía que corresponde a cada uno de los consejeros. Atendiendo a las diferentes actividades que desarrolla cada uno de ellos. (EL DERECHO.COM, 2020)

5. Conflicto de agencia.

Una vez estudiados los órganos de gobierno de las Sociedades, surgen la problemática de la separación entre propiedad y control, lo que Jensen y Meckling definieron como costes de agencia o teoría de Agencia en 1976, y lo definieron como:

- Es una relación entre un principal (accionistas) que contrata a otro, agente (directivos u consejeros) para que trabajen a su servicio.
- De esta relación se deriva un conflicto de intereses, ya que cada una de las partes persigue maximizar su propio beneficio.
- Además, se suma el problema de asimetría de información ya que el Agente es quien tiene en su poder la información, y el principal tiene dificultad para verificar que el agente está cumpliendo con su cometido, los costes de agencia.

Análisis de los fallos en los Gobiernos Corporativos

- La causa de estos costes de agencia es el intento del principal de alinear los intereses del agente con los suyos propios, ligando el beneficio del agente a los suyos propios.
- Por último, siempre habrá una pérdida de valor al no poderse alinear completamente los intereses, lo que se denomina coste residual.

La consecuencia de todo ello es una destrucción de valor para el accionista, porque se han tomado decisiones que destruyen valor para los accionistas, o porque se han consumido recursos con la intención de confluir intereses.

La relación de agencia descrita se da en todas las empresas en las cuales la propiedad de la empresa y la dirección de esta no corresponden a la misma persona.

Para minimizar estos costes de agencia, se han desarrollado los códigos de gobierno corporativo, en palabras de Shleifer y Vishny (1997), el gobierno corporativo conforma aquellas reglas con las cuales los inversores de una empresa tratan de asegurar cierta rentabilidad o retorno por sus inversiones.

6. Código de buen gobierno de los consejos de administración.

A continuación, se va a hablar de los códigos de buen gobierno que se han publicado en España a través de la página de la CNMV. Estos códigos surgen al igual que en el resto de los países entorno a el problema derivado de la separación entre propiedad y gestión; y la asimetría de la información. El conjunto de códigos publicados en España a lo largo de los últimos años busca impulsar la máxima transparencia posible entre los equipos directivos y los accionistas.

Estos códigos no son leyes, sino recomendaciones, siguiendo el principio de voluntariedad y de “cumplir o explicar”, buscando la propia autorregulación del mercado, dejando que sean los propios inversores quienes premien a aquellas empresas que mejor desarrollen su gobierno corporativo.

6.1 Evolución histórica de los Códigos de Gobierno.

Desde la década de los años 70 se ha creado una extensa investigación y recomendaciones a los Gobiernos corporativos. Sus inicios se encuentran en EE. UU., pero su importancia aumento en los años 90 a raíz de diferentes escándalos en el ámbito internacional (Tyco, Parmalat, Enron).

Como hemos explicado anteriormente cuando en una sociedad la propiedad y el control no coinciden, surgen inevitablemente conflictos de interés entre los propietarios y los administradores de la compañía. Por ello surge la necesidad de tomar medidas y estrategias que permitan a los inversores asegurarse el rendimiento de su inversión. En el estudio precursor *The Modern Corporation and Private Property* de Berle y Means señaló el origen del problema de gobierno al apreciar la existencia de “dos nuevos grupos creados a partir de un único inicial: los propietarios sin apreciable control y los controladores sin apreciable propiedad” al tiempo que se planteaba si “existe alguna justificación para asumir que aquellos que mantienen el control en una corporación moderna decidirán actuar en interés de los propietarios” (Mariscal, 2018)

Se han desarrollado diversas recomendaciones y regulaciones sobre los gobiernos corporativos, en todo el ámbito internacional, estas recomendaciones son lo que se

llama códigos de conducta o de buenas prácticas tanto en el ámbito internacional como nacional.

6.2 Códigos de buen Gobierno en España

El primer código de buen gobierno publicado en España fue redactado en 1998 bajo el título *“Informe de la Comisión Especial para el estudio de un código ético de los Consejos de Administración de las Sociedades. (Comisión Olivencia)”* cuyos objetivos eran elaborar un informe sobre las dificultades de gobierno de los consejos de administración y redactar un código ético de buen gobierno que se aplicara de forma voluntaria, para ayudar a dotar los consejos de administración de mayor transparencia y eficacia.

El segundo código aparece ya en 2003 *“Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y las sociedades cotizadas. (Comisión Aldama)”* o simplemente Código Aldama. El objetivo era proponer criterios y pautas en lo que se refiere al gobierno de las sociedades y sus relaciones con terceros y pautas para aumentar la transparencia y seguridad de los mercados en un ambiente cada vez más internacional. Dentro de las recomendaciones destaca la de elaborar un Informe Anual de Gobierno Corporativo. Dicha recomendación paso a ser una ley 26/2003 del 17 de julio.” (Velasco Gámez, Puentes Poyatos, & Vilar Hernández, 2010)

Posteriormente en 2006 se elaboró el conocido código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas el cual actualizo las recomendaciones de los informes de la comisión de Olivencia y Aldama.

En 2013 nace la necesidad de adaptar las recomendaciones y normativa existente para adaptarse al artículo 116 de La Ley del Mercado de Valores con el fin de servir de referencia cuando las empresas realicen el Informe Anual de Gobierno Corporativo. En este informe se establecía que el contenido y estructura del IAGC que las sociedades anónimas cotizadas debían hacer público con carácter anual tenía que ser determinado por el Ministro de Economía y Hacienda o, con su habilitación expresa, por la CNMV, que es lo que ocurrió. De esta forma, el CUBG formula las recomendaciones que deben considerar las sociedades cotizadas para acatar la obligación de “cumplir o explicar.”

En febrero de 2015 se publicó en la CNMV el Código de buen gobierno de las sociedades Cotizadas esta reforma surge como respuesta a las iniciativas relacionadas con las buenas prácticas en gobiernos corporativos a raíz de la crisis financiera internacional desde entonces se creó una corriente en la cual se ponía de manifiesto la importancia de una gestión adecuada y transparente que genere confianza a los inversores, eficacia y económica y valor.

Los objetivos para convenir con esta nueva reforma es velar por el adecuado funcionamiento de los órganos de gobierno y administración para mejorar la competitividad, generar confianza y transparencia para los accionistas e inversores tanto nacionales como extranjeros; aumentar el control interno y la responsabilidad social corporativa asegurando la adecuada segregación de funciones y deberes y responsabilidades en las empresas.

Transcurridos cuatro años desde la aprobación del Código de buen gobierno, en el Plan de actividades de la CNMV para 2019 se incluyó el objetivo de revisar y clarificar algunas de sus recomendaciones. Concluidos los trabajos de preparación de los textos correspondientes, se decidió ampliar el alcance de la reforma para añadir la revisión de algunos aspectos adicionales, lo que se incluyó en el Plan de actividades para 2020. La propuesta de modificación, de alcance limitado, se sometió a consulta pública entre el

Análisis de los fallos en los Gobiernos Corporativos

15 de enero y el 14 de febrero de 2020, recibíéndose numerosas opiniones y comentarios de diversas corporaciones e interesados que se tuvieron en cuenta para determinar el alcance final de las modificaciones introducidas. (CNMV, 2020)

En el siguiente apartado se encuentra un resumen de las principales recomendaciones de cada Código, pero antes vamos a explicar los tipos de consejeros que forman el consejo:

- **Consejeros independientes:** son aquellos que no están vinculados con el equipo de gestión ni con los núcleos accionariales de control más influyentes. Además, es necesario que cuente con experiencia, competencia y prestigio profesional. Su función es velar por los intereses de los pequeños accionistas.
- **Consejero Dominical:** son aquellos que acceden al consejo por ser titulares o representantes de paquetes accionariales con la capacidad de influir en el control de la sociedad.
- **Consejeros internos o ejecutivos:** son aquellos que poseen funciones ejecutivas o directivas en la sociedad, o los que mantengan cualquier relación contractual con la sociedad.

6.1.1 El Código Olivencia en 1998

La comisión recomienda que la función del Consejo de Administración debía basarse en la supervisión, orientando la política de la compañía, controlar la gestión y servir de enlace con los accionistas.

La comisión recomendó la figura del consejero independiente, cuya misión primordial consiste en velar por los intereses del capital flotante. Además, recomienda que dichos consejeros se deben escoger por su prestigio, experiencia y competencia. En este apartado cabe destacar que aquí ya se comenzaba a plantear la forma de medir la independencia de estos. La pregunta que suscita es ¿Qué tienen que perder estos consejeros?

La comisión recomendó la participación de al menos el presidente de dirección de la compañía, para coordinar los niveles ejecutivos, pero mantener siempre una mayoría de consejeros externos. El número de consejeros recomendados está entre 5 y 15.

Otro de los problemas que la comisión encontró fue la necesidad o no de separar el cargo de presidente del Consejo y el de primer ejecutivo de la sociedad. La comisión no se pronunció al respecto, pero sí señala que las dos principales desventajas de no separarlo son la falta de eficacia en la función de supervisión, y la dificultad de desarrollar las dos tareas.

Una de las preocupaciones de la Comisión fueron las Comisiones Ejecutivas, porque en ocasiones pueden llegar a ensombrear los papeles de liderazgo del Consejo. Por ello se recomienda reducir su a medida que se aplican las recomendaciones de este Código, y en todo caso mantener una imagen fiel del consejo de administración. Sin embargo, si se recomienda la creación de al menos dos comisiones delegadas, una de ellas la Auditoría y cumplimiento; y otra las áreas de Nombramientos y Retribuciones, compuestas por tres miembros mínimo.

Por último, en este Código se recoge la falta de transparencia que había sobre las retribuciones de los consejeros por ello se recomienda vincular una parte significativa de la retribución a los resultados de la empresa. Para hacer frente a la larga historia de opacidad en esta materia se recomienda informar en la memoria de forma individualizada y detallada todos los importes que se perciben.

6.1.2. Código Aldama año 2003

Este Código surge en una época de cambio, ya que a principios de los años 2000 las familias representaban cerca del 20% de la capitalización de la Bolsa de Madrid. Bajo estos cambios se inició este nuevo Código.

En el se explica claramente, que aun no se ha consolidado la figura de consejero independiente, seguían existiendo resistencia a la publicidad de las retribuciones.

Se recomienda que la información sea más clara, que se adapte a un mercado global en continuo cambio, esta información debe ser correcta y veraz, simétrica y equitativa. En esta época ya había sucedido el escándalo del caso Enron, la experiencia de muestra que la información contable puede servir para ocultar o distorsionar información.

Se recomienda mayor transparencia en las siguientes estructuras y prácticas de gobierno:

- Estructura de propiedad de la sociedad.
- Estructura de la administración de la sociedad.
- Operaciones vinculadas e intragrupo.
- Sistemas de control del Riesgo.
- Funcionamiento de la Junta General.

Así mismo se recomendó cumplir con una lista de deberes de lealtad de los administradores, los cuales aparecen recogidos actualmente en la LSC.

6.1.3. Código Conthe año 2006

Este Código nace para dar respuesta a la Orden Ministerial ECO/3722/2003, por el cual la CNMV publicó un documento único con las recomendaciones de gobiernos corporativos. El cual es la referencia para realizar el Informe Anual del Gobierno Corporativo, al cual están obligadas desde la Orden Ministerial anterior.

Las recomendaciones iban dirigidas a tres grupos, estatutos y junta general, consejo de administración y Comisiones delegadas.

Las principales recomendaciones a los estatutos y la junta fueron:

- No limitar el número máximo de votos por accionistas u otras restricciones que dificulten el control de la sociedad.
- Cuando la matriz y una sociedad dependiente coticen ambas publiquen las áreas de actividad y relación de negocio entre ellas, y los mecanismos para resolver conflictos de interés.
- Que se sometan a aprobación de la junta modificaciones estructurales como son la transformación en holding, adquisición o enajenación de activos esenciales, o la liquidación de la sociedad.

Las recomendaciones al Consejo de administración:

- El consejo desempeñe sus funciones en función del interés de la compañía, asumiendo como misión la estrategia de la compañía y la organización de esta.

Análisis de los fallos en los Gobiernos Corporativos

- Tendrá un tamaño de entre 5 y 15 miembros, los consejeros externos deben ser mayoría y el número de consejeros independientes debe representar al menos un tercio del total.
- Se promueve la inclusión de mujeres en los consejos de administración.
- Cuando el presidente sea también el primer ejecutivo de la compañía se nombrará un consejero independiente para convocar el consejo y puntos en la orden del día.
- Los nombramientos o reelección de consejeros se aprueben en Junta general y se publique si forman parte de otros consejos, su perfil profesional, y las acciones que tenga de la compañía.
- Los consejeros independientes no permanezcan en el consejo por más de 12 años.
- Que las retribuciones sean más claras indicando sus componentes y desglose, diferenciando entre importes fijos y variables.

Las comisiones se recogen las anteriores recomendaciones explicadas en el Código de 2003, haciendo hincapié en la necesidad de independencia y control a los consejeros y directivos por las mismas, para intentar evitar opacidad en las remuneraciones o en la actividad contable.

6.1.4. Código Unificado de buen Gobierno revisión año 2013

Este Código tiene como función ser de guía para la realización del Informe Anual de Gobierno Corporativo con la necesidad de cumplir o explicar porque no se llevan a cabo las recomendaciones.

Se mantienen en su totalidad todas las recomendaciones del Código anterior.

6.1.5 Código de buen Gobierno año 2015

Este código nace de los avances a nivel mundial y nacional sobre el buen gobierno corporativo, muchas de las recomendaciones recogidas en el Código de 2006 se incorporaron a las normas legales, a través de la LSC y la orden ECC/461/2013.

Se mantienen las recomendaciones del Código de 2013 y se añaden algunas nuevas para adaptarlas a la nueva legislación. Entre ellas destacan las siguientes:

- Durante la celebración de la junta general ordinaria, el presidente del consejo informe de forma oral de los aspectos mas importantes del gobierno corporativo.
- Elaboración de informes sobre la independencia del auditor, funcionamiento de las comisiones de auditoria y retribuciones, sobre operaciones vinculadas, sobre responsabilidad social corporativa. Todo ello con antelación a la Junta General.
- Que se presenten los informes de auditoría sin limitaciones ni salvedades, y si las hubiera den una explicación clara a los accionistas
- Asimismo, se recomienda que el consejo apruebe una política de selección de consejeros. Que este compuesto al menos por la mitad de consejeros independientes.
- Los consejeros dominicales deberían presentar su dimisión cuando el accionista al que representa venda la totalidad de las acciones.

- Que se asegure que los consejeros internos tienen disponibilidad de tiempo para desarrollar esta actividad.
- Se amplían las funciones de la comisión de auditoria entre ellas: supervisar y controlar el proceso de creación de la información financiera, velar por la independencia de los auditores internos, establecer un sistema anónimo que permita comunicar los casos irregulares.
- Se amplían las recomendaciones en materia de control de remuneraciones a los consejeros, a través de la comisión de remuneración, revisando los conceptos una vez al año y solicitando su justificación.

6.3. Las necesidades del buen gobierno y las medidas de control.

A lo largo de todos estos cambios en los códigos de gobierno elaborados por la CNMV, se observa la necesidad cada vez mayor de controlar los órganos de gobierno. Por ello a medida que han transcurrido estas dos décadas se han elaborado recomendaciones más exactas. Con tres temas principales los miembros del consejo, las remuneraciones y las auditorías internas.

En cuanto a la composición del consejo de administración, muchas de las recomendaciones forman hoy en día parte de la LSC, a su vez se sigue promoviendo los consejeros independientes y dominicales, para separar mejor la función de dirección y la función de gestión.

Respecto a este tema las recomendaciones son extensas, pero destacan aquellas que tratan de informar a la Junta General de las actuaciones del consejo como son los nombramientos, las decisiones tomadas, las causas de dimisión o cese de los consejeros.

En las encuestas realizadas por la CNMV los accionistas y expertos han expresado su preocupación por no conocer las decisiones tomadas por los consejos de administración y la poca información que se proporciona en la memoria. Por ello, las recomendaciones promueven la comunicación entre los consejeros y los accionistas y demás stakeholders.

Otro tema importante son las comisiones, las cuales deben ser independientes del consejo, se recomienda al menos la creación de la comisión de auditoria y la de nombramiento y remuneración.

En la comisión de auditoria se busca que los consejeros estén cualificados para llevar acabo la supervisión de la información financiera, el buen funcionamiento de los sistemas de información y control interno. También se recomienda la elaboración de un informe al final del ejercicio. Además, dentro de sus funciones se recomienda la supervisión de los estados contables del grupo, supervisar la independencia del auditor externo.

En mi opinión este es uno de los puntos mas importantes a la hora de conseguir detectar fraudes o movimientos opacos, como encontraremos en los casos mas adelante, una falta de independencia en la auditoria genera riesgos para la sociedad y los accionistas permitiendo la contabilidad creativa y la utilización de las lagunas legales para crear un entramado de falsedad documental.

Por otro lado, está la comisión de nombramientos y retribución, se recomienda su independencia de los órganos de dirección y gestión, proponiendo al consejo las

Análisis de los fallos en los Gobiernos Corporativos

condiciones de los contratos de los altos directivos, comprobar que se cumple con la política retributiva y revisar las remuneraciones aplicadas. Este punto es doblemente importante en primer lugar porque si se hace un buen control de las remuneraciones no se darán casos como el de Bankia que explicaremos más adelante, sino que sirve para alinear los intereses de los accionistas y los órganos de gestión.

6.4. Principales órganos de control.

Como el propio Código de Buen Gobierno recoge y la LSC, los principales órganos de control son la comisión de auditoría y los auditores externos. Por tanto, vamos a exponer una explicación de estos, cuando analicemos los casos de escándalos financieros y de mal gobierno corporativo tendrán una gran importancia.

6.4.1 Comisión de auditoría.

Anteriormente hemos nombrado la necesidad de crear Comisiones de auditoría, recogido en los códigos de buen gobierno y en la normativa aplicable la LSC.

Esta comisión de auditoría debe estar formada por Consejeros externos, donde la mayoría deben ser independientes, y la ley no establece un número de miembros para su composición, deja a la autonomía de la sociedad determinar el tamaño. (Deloitte, 2016)

Sin embargo, la LSC exige que al menos uno de los Consejeros deba tener conocimientos y experiencia en materia de contabilidad y auditoría. La CNMV y el Código de Gobierno van más allá y recomiendan que todos los miembros de esta comisión tengan conocimientos en estas materias.

El papel fundamental de esta Comisión consiste en asesorar y prestar ayuda especializada a la Junta General de Accionistas y al Consejo De Administración, en todo aquello que tenga relación con la auditoría externa, los sistemas de gestión de riesgo y control interno, la elaboración de información financiera de la sociedad y su comunicación con terceros. Entre las tareas principales de esta comisión están:

- Propuestas de nombramiento del auditor externo
- Supervisión de la eficacia de los sistemas de control interno y de gestión de riesgos
- Supervisión de la independencia y eficacia de la auditoría interna, aprobación del plan de auditoría interna y proponer el nombramiento del responsable de dicha auditoría.
- Control interno de la elaboración de la información financiera, cumpliendo los requisitos normativos, adecuando a los criterios contables y delimitando los perímetros de consolidación en caso de ser grupo. Además de supervisar la información transmitida a los mercados de valores, y la publicada en la propia web corporativa.
- Informar a la Junta general de accionistas sobre las cuentas anuales.
- Informar al Consejo de Administración de los conflictos de interés, operaciones vinculadas, u operaciones en paraísos fiscales.
- Supervisión de los canales de denuncia y del cumplimiento del Código de gobierno corporativo.

6.4.2. Auditoría externa

La auditoría de cuentas se define por la Ley de Auditorías de Cuentas como *“La actividad consistente en la revisión y verificación de las cuentas anuales, así como de otros estados financieros o documentos contables, elaborados con arreglo al marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, siempre que aquella tenga por objeto la emisión de un informe sobre la fiabilidad de dichos documentos que puede tener efectos frente a terceros”* Art. 1.2. LAC.

Por tanto, un auditor externo es la persona o entidad contratados por una empresa para que revisen de forma independiente la documentación contable y financiera, con la intención de autentificar y dar fiabilidad a los estados financieros emitidos por esta. El auditor da su opinión sobre los estados financieros siendo su reputación la que da validez a dicha información.

El auditor externo será elegido por la Junta general de Accionistas, pero será la Comisión de auditoría quien *“Eleva al consejo de administración las propuestas de selección, nombramiento, reelección y sustitución del auditor de cuentas, responsabilizándose del proceso de selección, de conformidad con lo previsto en los artículos 16, apartados 2, 3 y 5, y 17.5 del Reglamento (UE) n.º 537/2014, de 16 de abril, así como las condiciones de su contratación y recabar regularmente de él información sobre el plan de auditoría y su ejecución, además de preservar su independencia en el ejercicio de sus funciones.”* **Art. 529 quaterdecies. Comisión de auditoría.**

Las Sociedades anónimas cotizadas son consideradas Entidades de Interés público art. 3.5 de la Ley de Auditoría de Cuentas *“Las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores, las entidades de crédito y las entidades aseguradoras sometidas al régimen de supervisión y control atribuido al Banco de España, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones”*

En un esfuerzo de mejorar la independencia en las auditorías externas de estas sociedades de interés público la LAC establece un sistema de rotación obligatorio de las firmas de auditoría en las entidades de interés público.

- Un período máximo de contratación, incluidas las prórrogas de diez años.
- No obstante, podrá prorrogarse dicho período adicionalmente hasta un máximo de cuatro años, siempre que se haya contratado de forma simultánea al mismo auditor, junto a otro u otros auditores para actuar conjuntamente en este período adicional a través de la coauditoría.

Todas estas medidas legislativas buscan mejorar la independencia del auditor y de las firmas de auditoría, ya que el mantener la misma firma o auditores, por ello se obliga a la rotación tanto de auditores como de firmas de auditoría.

7. Casos Prácticos de gobiernos corporativos.

En este apartado vamos a analizar varios casos de fallos en los gobiernos corporativos, hay multitud de ejemplos de mal gobierno corporativo, pero los elegidos fueron aquellos que más relevancia y repercusión tuvieron.

El caso de Enron que será el primero que estudiaremos, fue muy importante dado su volumen bursátil y de operar en Estados Unidos. Otro de las razones para elegirlo fueron las consecuencias que tuvieron para Andersen su auditor. En los años dos mil en estados unidos hubo grandes fallos de gobierno corporativo que por la extensión de este trabajo no podemos analizar, pero merecen ser mencionados como fueron WorldCom o Lehman Brothers.

En Europa vamos a analizar el caso de Parmalat, fue uno de los escándalos más importantes ya que incluía no solo a los directivos de la compañía, sino que creaba dudas sobre cuantos stakeholders estaban implicados. En Europa en los últimos años hemos tenido varios escándalos el ultimo ha sido el de Wirecard.

Por último, vamos a estudiar uno de los escándalos españoles, el caso Bankia. Resulta difícil hablar de este banco que hoy en día es el cuarto operador del país y pronto se fusionara con CaixaBank, a raíz de la crisis se destaparon el fraude de las preferentes, las tarjetas black y el rescate financiero. Fue un gran golpe para la sociedad española y genero aún más incertidumbre en los mercados financieros.

Por todos estos motivos estos fueron los casos elegidos para explicar y analizar.

7.1 EL Caso Enron

El caso de Enron conmociono la bolsa y tuvo unos efectos devastadores para muchas personas, era una de las grandes empresas que cotizaban en bolsa y en el transcurso de unos meses perdió todo su valor y arrastro consigo a otra gran empresa como fue Arthur Enderson. A continuación, vamos a explicar brevemente el caso de esta compañía energética y analizar sus principales fallos de cara a el tema que nos ocupa.

Enron era una empresa energética de Huston, se creó por medio de una fusión en 1985, sus primeros años se dedicó a la administración de gaseoductos, pero fue más adelante cuando expandió su mercado y paso a ser una intermediaria de materias primas cuando obtuvo los grandes beneficios que hizo de ella una gran empresa.

En 1995 Enron era la empresa líder de su sector contaba con más del 20% de la cuota de mercado, este crecimiento era asombroso y difícil de mantener. La empresa comenzó a ofrecer cada vez servicios más complejos y contratos con mayores riesgos. Dejo de ser una intermediaria habitual para comenzar a operar directamente con compradores y vendedores lo cual con llevo en una necesidad cada vez más creciente de liquidez.

Pero la compañía no disponía de tal liquidez por ello acudía a las entidades de crédito para obtenerla. En ese momento Enron ya tenía un gran nivel de endeudamiento por tanto necesitaba que las entidades de calificación de deuda les avalasen a través de una buena calificación, la cual obtenía a raíz de sus balances y su cotización en bolsa.

En 1997 los directivos de Enron comenzaron a darse cuenta de que no podían mantener el crecimiento que necesitaban para mantener la calificación crediticia, tras intentar diversificarse en otros mercados y no obtuvo los beneficios esperado, Enron comenzó

a manipular los libros de cuentas para simular mediante la creatividad contable simular el crecimiento en beneficios.

En el 2000 obtuvo un beneficio de 100.000 millones de dólares y daba empleo a más de 20.000 empleados era una empresa de carácter internacional, era la séptima empresa más importante de Estados Unidos por volumen de ventas, el precio de las acciones y los beneficios no paraba de crecer trimestre tras trimestre, y para conseguirlo se siguió las siguientes estrategias:

- Ocultar las pérdidas de ciertos activos de dudoso valor en el balance.
- Disminuir el endeudamiento en libros
- Crear beneficios ficticios mediante procedimientos Contables muy agresivos

Para ello el director financiero creó una compleja red de sociedades instrumentales supuestamente independientes, denominadas entidades de propósito especial con el objetivo de proteger los activos y asumir parte de la deuda actual o futura. Estas empresas no formaban parte de los estados consolidados ya que en Estados Unidos no es necesaria la consolidación si al menos el 3% de los activos de la sociedad están controlados por un inversor externo. Amparados en esta ley, a partir de 1997 se inició el sinfín de operaciones que no hubiera sido capaz de realizar con ninguna entidad mercantil independiente.

Enron creó una empresa llamada Raptor por la cual esta última recibía los incrementos de valor de los activos de Enron, pero si había pérdidas los asumía Raptor, el problema era que su único activo eran las propias acciones de Enron. Por ello era tan importante que no perdieran valor sus acciones. Se crearon cuatro empresas de este tipo y le supusieron a Enron un aumento de resultados de mil millones de dólares.

Pero todo se destapó en otoño de 2001 cuando Enron y su auditor se dieron cuenta que había que consolidar estados de sociedades que incumplían la regla del 3%, por ello el 16 de octubre de 2001 Enron comunicó que tenía unas pérdidas de 618 millones de Euros y la reducción de recursos propios de 1.200 millones de dólares. Esto hizo que recalificaran su deuda y se viera obligada a reintegrar los préstamos de forma inmediata. En diciembre Enron ya había pedido la suspensión de pagos y había arruinado a miles de empleados, sin embargo, algunos directivos se enriquecieron vendiendo apresuradamente sus acciones a espaldas de empleados e inversores.

Este caso nos muestra la gran diferencia entre quienes dirigen la empresa, los consejos de administración que están tan involucrados como los mismos directivos y los inversores que no conocen los detalles de su inversión. Siendo notables las cuatro principales causas de esta situación:

- El continuo aumento de valor en bolsa de los años 90 que era insostenible a largo plazo.
- El fomento de retribuir a directivos y consejeros con acciones de la empresa para vincular sus intereses.
- La sobrevaloración de los mercados en materia de adquisiciones y fusiones
- Los analistas financieros tienen ligado su salario a la rentabilidad alcanzada por los bancos de inversión. (Zaro, 2002)
-

Análisis de los fallos en los Gobiernos Corporativos

7.1.1 El papel de Arthur Andersen

Arthur Andersen fue una de las cinco grandes empresas de Auditoria de Estados Unidos y el mundo. Sin embargo, su implicación en el caso Enron supuso su desaparición en todo el mundo.

Durante las investigaciones que sucedieron a la bancarrota de Enron, se descubrió que los auditores de Andersen tenían oficinas permanentes dentro de las delegaciones de Enron. Se pueden encontrar varias señales de alarma que los socios de Andersen obviaron:

- Los contratos de compensación de pérdidas
- Las ganancias patrimoniales del director financiero sobre las entidades de propósitos especiales
- Los impuestos no se correspondían con el nivel de beneficios

Por otro lado, Enron pagaba a Andersen trabajaba a su vez de empresa de consultoría, de las empresas con propósitos especiales. A todo ello debemos añadirle que Andersen había sido multado por el SEC por irregularidades en sus auditorías a dos empresas.

Durante el juicio del caso se demostró que empleados de Andersen habían eliminado información destruyendo documentos y correos electrónicos. Paradójicamente la firma no fue investigada por no haber detectado y denunciado estas maniobras, sino por la destrucción de pruebas se les acusó de obstrucción a la justicia.

7.1.2 Los grandes perjudicados del Caso Enron

Los grandes perjudicados de este caso fueron los miles de pequeños accionistas, entre ellos los empleados de la compañía, que perdieron sus ahorros invirtiendo en acciones que les recomendaron los directivos de Enron. El precio máximo de las acciones de Enron superó los 90 dólares y en menos de seis meses valían tan solo 1 dólar.

El País haciéndose eco de una noticia del New York Times, informó en enero del 2002 una noticia donde un grupo de 29 directivos de Enron habían vendido acciones entre 1999 y 2001 por valor de 1.100 millones de dólares. No se pudo demostrar si estas ventas eran ilegales, pero entre los ejecutivos que vendieron estas acciones estaba el presidente de la compañía, el gerente de finanzas de la empresa, y Lou pai director de una filial de Enron vendió 5 millones de acciones valoradas en 353 millones de dólares. (Ejecutivos de Enron vendieron acciones por 1.100 millones de dólares antes de la quiebra, 2002)

La propia firma Andersen, ya que nadie se esperaba que el tribunal suspendiera su autorización para realizar auditorías. No solo condenaron a la marca, sino a miles de profesionales que actuaban con absoluta normalidad.

7.2 Caso Parmalat

Parmalat fue una empresa fundada en 1960 en Italia por Calisto Tanzi, que era un emprendedor con gran habilidad para los negocios, ya que fue la primera empresa láctea que comercializó leche UHT en Europa, además en esta época se acogió a numerosas e importantes ayudas de la Unión Europea.

Ya en 1974 Parmalat comienza su internacionalización y se instala en Brasil, Venezuela y Ecuador, donde sus ventas y prestigio tuvieron una buena acogida y se convirtieron

rápida en una empresa de mayor prestigio. Esta expansión se llevó a cabo también en territorios con facilidades fiscales como Holanda, Luxemburgo, Austria, y posteriormente en Paraísos fiscales como Las islas Caimán, las islas Vírgenes y las Antillas holandesas.

Fue el primer grupo alimentario italiano y protagonizó el mayor fraude contable de Europa, los investigadores del caso han determinado que los responsables de crear este entramado profesional fueron los fundadores. Una breve explicación de los es la siguiente:

- Se trata de un fraude de malversación de fondos de la compañía.

No toda la culpa es de Parmalat al realizar su contabilidad creativa y constituir empresas fantasmas en paraísos fiscales para maquillar sus cuentas sino también de sus auditores y las políticas internacionales. El escándalo no se destapa hasta que el mercado regulado italiano pide una auditoría de sus cuentas, ya que hay poca credibilidad en la emisión de sus bonos y acciones. A partir de entonces, comienza una carrera de la empresa por intentar paliar las deudas, Standards and Poors va recalificando su deuda a calificaciones cada vez peores.

Los fondos de inversión que figuraban en balance como activo corriente no se logran vender, los directivos y consejeros comienzan a dimitir de sus cargos en un intento de desaparecer. Para principios del año 2004 se sabe que la empresa está en bancarrota a nivel mundial, se abren investigaciones conjuntas para clarificar las emisiones de bonos. Y se ponen en entredicho las auditorías, por ello Deloitte fue sustituida por PWC.

Los implicados en este escándalo fueron las auditorías Deloitte y Touche Tohmatsu. Deloitte fue negligente a la hora de verificar las auditorías realizadas por Touche a las filiales de Parmalat matriz, ignorando los emails enviados por el auditor de Deloitte Brasil que tenía dudas de la credibilidad de las auditorías en 2001 y 2002. No incluyeron en la memoria ninguna nota sobre esta duda razonable ni se investigó hasta el segundo semestre de 2003.

Esta situación nos plantea dos preguntas principales ¿Deben hacerse controles sobre otras empresas auditoras y la que audita la matriz? ¿Porque no tenían obligación de comprobar lo que la filial brasileña de auditoría solicitaba, siendo compañías de la misma empresa?

Gran Thornton directamente incumplió su trabajo auditado durante nueve años a Parmalat y después los estados financieros de Bonlat a través de la falsificación del importe de sus activos o con ayuda de un empleado del Banco de América. Pero sin lugar a duda fue uno de los principales culpables de llegar a esos extremos.

“Los bancos bajo investigación por manipulación de precios eran: Bank of América, Citigroup, Morgan Stanley, UBS, Deutsche Bank, Banca Popolare di Lodi y Nextra, Gestora de Fondos de Banca Intesa, el mayor banco italiano” (María Arroyo, 2004).

Bank of América fue uno de los acusados de falsificación documental, un empleado pudo ayudar a aumentar la cotización de Parmalat en 1999 ayudando a colocar 300 millones de dólares en bonos y acciones. Todos los bancos tienen en común que ayudaron de una manera u otra a colocar los bonos y acciones que emitía Parmalat aun cuando había dudas y sospechas sobre su liquidez y cuentas.

Análisis de los fallos en los Gobiernos Corporativos

Por último, Tetra pack que era uno de sus proveedores destinaba 1 2 millones de euros a transferencias de la familia Tanzi como soborno por mantenerlos como proveedores por encima de otras empresas.

Por tanto, podemos concluir que este escándalo ocurrió por las siguientes razones:

- La ambición por expandirse a cualquier precio, con lo cual incurrieron en pérdidas operativas prolongadas
- Retribuciones exageradas a los directivos y miembros del consejo de gobierno en su mayoría relacionados con la familia Tanzi. Desvíos de fondos a las cuentas privadas de los Tanzi.
- Financiación desproporcionada mediante deuda y fraude contable.
- Falta de control entre auditorías de diferentes países y la matriz. (María Arroyo, 2004)

7.3 Casos en España

En este apartado se habla de tres de los innumerables casos de mal gobierno corporativo que se han producido, en la economía española, como son Gowex, Pescanova y Bankia.

7.3.1. Gowex

Los inicios de la compañía se remontan a 1999, cuando Jenaro García funda Let's Gowex en Madrid. La actividad principal de la compañía consistía en la instalación de Wifi gratuito en las ciudades, y para financiarse se valía de subvenciones públicas y publicidad.

Tras operar durante varios años, y ante su éxito, García decide estrenar la compañía en el Mercado Alternativo Bursátil en marzo de 2010 a través de una ampliación de capital por un importe de 6 millones de euros, en ese mismo año las acciones de Gowex cotizan en el MAB y el NYSEN. En 2012 se vuelve a ampliar capital con una prima de emisión de 11,55 por acción siendo el valor de cada acción de 0,05€ por lo que la ampliación ascendió a 17,73 millones de euros.

. Así en el año 2013 Gowex declaró una cifra neta de negocio de 182,5 millones de euros, es decir que en comparación con los ingresos declarados en el 2011 éstos habían aumentado un 34 174%, algo que contrastaba con la realidad de sus competidores que eran incapaces de obtener beneficios, en este año se habían firmado acuerdos con un programa de Estados Unidos y el ayuntamiento de Nueva York.

En el año 2012 una entrevista llevada a cabo por Finanzas.com, García hizo la siguiente declaración : *“El ayuntamiento paga por el despliegue de la ciudad 'wifi' y después nosotros tenemos ingresos recurrentes que vienen bien del 'roaming', es decir, lo que pagan los operadores porque sus clientes se puedan conectar, también de los ciudadanos que quieren pagar por un servicio mejor (premium) y de la publicidad o el comercio electrónico, además de los contenidos de alto valor añadido que podemos generar a través de nuestra plataforma de información geolocalizada”* (García, 2012).

Lo cual se vio afianzado ya que durante 2013 y 2014 se fueron firmando acuerdos con diferentes ayuntamientos a nivel nacional e internacional.

Pero el 1 de julio de 2014 se publica el informe de Gotham City Research, GCR, (una empresa de análisis de empresas vinculadas a las operaciones en corto de los mercados de derivados, es decir buscan la caída de las acciones para generar veneficios), ese día se publicaban las cuentas anuales de 2013 y el reparto de beneficios. (Gottan Cyti Research, 2020)

Tras conocerse el informe las acciones comenzaron a venderse cada vez a menores precios provocando que tres días después el MAB tuvieran que suspender su cotización. Ante esta noticia, Jenaro García presidente y consejero delegado de Gowex comunica al consejo de administración que se han falseado las cuentas de al menos los últimos cuatro años.

En el informe de GCR, valoraba las acciones de Gowex en 0€, valoraban que los ingresos del grupo no superaban los 10 millones de euros. Basado en:

- Líneas de negocio inexistentes, o empresas relacionadas con el grupo (estas empresas suponían entre 80% y 90% de los ingresos de Gowex durante 2009 y 2008.
- Detectaron un entramado de empresas fantasma, a las que Gowex facturaba por servicios que no prestaban con la finalidad de aumentar la cuenta de beneficios. Los administradores de dichas empresas eran personas sin conocimientos para ello.
- Gowex, llegó al extremo de considerar a sus proveedores de comunicaciones como Telefónica, Jazztel y Orange como clientes para engrosar sus resultados.

La firma auditora de la compañía, M&A fue la primera imputada en el caso, ya que, de acuerdo con los tribunales españoles, las auditorías no se realizaron conforme a la normativa legal. Entre los principales hechos que delatan al auditor encontramos que, en las auditorías, no llevo a cabo la circularización de ningún cliente, mientras que hacía la comprobación de las facturas y pagos en las cuentas corrientes

La pregunta que surge en este caso como en los demás siempre es ¿Por qué no se detectó antes? En este caso no es una empresa cotizada del Ibex35, sino que cotizaba en el Mercado Alternativo Bursátil, destinado a empresas en expansión, con una regulación menos exigente. EL MAB está promovido por la Bolsa y Mercados de España, quien se encarga de su gestión, pero este órgano no suspendió la cotización de las acciones de Gowex con el escándalo para evitar la venta de acciones por parte de las personas que tuvieran información privilegiada. (BME, 2020)

Esto se puede explicar por la necesidad de promocionar el MAB, ya que era un mercado nuevo, el cual no estaba teniendo el éxito esperado, por ello a las empresas que conseguían crecer y con gran potencial se las invitaba a reuniones, foros y conferencias. Creando así una cercanía entre los directivos del MAB y Gowex, lo que llevo a una sensación de seguridad y protección que no existía.

Como hemos comentado anteriormente, los auditores son en última instancia, la barrera ante el fraude de la contabilidad creativa y los escándalos, la empresa que se encargaba de la auditoria no la realizo correctamente. Pero esto es fácil de explicar cuando sabes que eran una pequeña firma de auditoria donde la práctica totalidad de sus ingresos provenía de este cliente.

En mi opinión, M&A no tenía independencia para realizar esta auditoría, sino que se debe tener en cuenta su trayectoria empresarial, en empresas de esta importancia la

Análisis de los fallos en los Gobiernos Corporativos

compañía que audite la cuentas debe ser independiente en todos los niveles y tener los conocimientos, experiencia de auditor empresas con esta complejidad. (EXPANSION, 2020)

7.3.2 Pescanova

La conocida compañía gallega fue fundada en el año 1960 en Vigo por José Fernández López. Lo más destacado de la empresa era el modelo de negocio de integración vertical, en el que el proceso completo desde la extracción del pescado hasta su congelación, eran realizados por Pescanova.

Su negocio y su capacidad para competir en precios le llevo al éxito y a la expansión internacional, llegando la pesquera a cotizar en el mercado bursátil madrileño. Sin embargo, tras la llegada de la crisis junto con otros problemas que atravesaba la compañía, Pescanova se encontraba en situación de quiebra.

Con el fin de evitar la petición de un concurso, la compañía solicitó préstamos y procedió a realizar una ampliación de capital, de manera que la apariencia de la compañía era de solvencia, provocando una imagen de confianza en sus inversores. Sin embargo, unos meses después, ante la imposibilidad de sostener la situación que se había generado su presidente, D. Manuel Fernández Sousa, realizó una declaración de concurso voluntario a la vez que despedía a la firma auditora BDO. El ICAC abrió en el 2014 un expediente grave a la firma auditora BDO por los trabajos de auditoría que había realizado a Pescanova, concluyendo de acuerdo con el expediente sancionador:

- No hay constancia en los papeles de trabajo de la descripción del proceso llevado a cabo para la gestión de los riesgos de Pescanova.
- No hay pruebas de que BDO haya evaluado de manera exhaustiva si existía integridad en la dirección, presiones y transacciones no convencionales que le pudieran llegar a concluir un posible riesgo de fraude.
- En cuanto a la auditoría de las compras y ventas, no se llevaron a cabo los controles ni la evaluación del diseño de éstas.
- Por último, la firma auditora no recogía en sus papeles de trabajo los procesos que realizaba para comprobar el tratamiento llevado a cabo por Pescanova en las operaciones de compra y venta.

Es en este momento cuando los inversores y prestamistas de Pescanova comenzaron a sospechar de la buena gestión de la compañía y son éstos los que reclamaron la realización de una auditoría externa, que sería llevada a cabo por KPMG. La auditoría que lleva a cabo KPMG sobre Pescanova recibe el nombre de forensic, y se realiza en los casos en los que se presenta una considerable pérdida financiera con el fin de encontrar la causa y los causantes.

El resultado del forensic reveló (KPMG, 2013): que se habían realizado prácticas contables con el objetivo de presentar una deuda financiera inferior a la que presentaban sus estados financieros reales; que para obtener financiación se habían realizado determinadas operaciones, como la generación de financiación bancaria a través de estructuras societarias ficticias; el patrimonio neto de la compañía en 2012 es de un importe negativo de 927 millones de euros y que las prácticas contables llevadas a cabo por la empresa no eran consecuencia de una falta de diligencia ni de un caso fortuito, sino que eran resultado de una planificación por parte de la Directiva de la compañía .

7.3.3 Bankia- Caja Madrid y Las tarjetas Black

Bankia es un banco español cuya matriz BFA fue fundada en diciembre de 2010 en pleno proceso de restructuración del sistema financiero español. En principio Bankia sería solo el nombre comercial bajo el cual operaría el Banco Financiero de Ahorros (BFA) surgido de la fusión de Caja Madrid, Bancaja, Caja de Canarias, Caja de Ávila, Caja de Segovia y Caja Rioja.

A raíz de la crisis de 2008 y del escándalo de Lehman Brothers en Europa se firma el acuerdo Basilea II por el cual los bancos se ven obligados a crear una reserva de capital a modo de provisión para afrontar un eventual problema.

El BFA no disponía de suficiente liquidez por lo cual sus directivos recomiendan la salida a bolsa como la mejor opción lanzando una OPA.

Sin embargo, la entidad estaba formada en su mayoría por activos procedentes del “sector ladrillo” y otros activos tóxicos como las preferentes, en ese momento tras el estallido de la burbuja inmobiliaria no era la mejor opción.

Por todo ello el consejo de Administración del BFA presidido por Rodrigo Rato ideó un sistema para sortear estos problemas y sacar la entidad a bolsa. Se dividió el banco en dos Bankia que sería quien gestionaría el mercado bancario y el BFA que controlaría los activos de las empresas inmobiliarias y las preferentes.

Así fue como en mayo de 2011 se produjo la segregación, saliendo por fin a bolsa Bankia el 20 de julio de 2011, el 55% de sus acciones a un precio de 3,75€, con el cual recaudó 3092 millones de euros. Cumpliendo por fin con la reserva mínima que exigía el real decreto ley para Reforzar el sector bancario.

En mayo de 2012 se publicó la noticia de una nueva inyección de capital por el FROB de 10.000 millones de euros, lo que conllevó en la nacionalización del BFA por tanto el estado es dueño del 45% de Bankia. Rodrigo Rato dimite como presidente de Bankia.

Todo este escándalo repercutió en la bolsa y el 25 de mayo la CNMV tuvo que suspender las cotizaciones de Bankia. Esa misma tarde el consejo de administración decidió pedir una inyección de 19.000 millones de euros para BFA y Bankia. Se convirtió en el mayor rescate financiero de España y uno de los mayores de Europa, 23.465 millones de euros de fondos públicos.

Después de todo el consejo dimitió. Fue uno de los peores momentos de la crisis en España nuestra prima de riesgo llegó a los 501 puntos, los problemas siguieron aumentando el julio de 2012 tras reformular las cuentas y tasar la compañía determinaron que no valía nada y peor aún su valoración era negativa, ese día las acciones valían 0,9 en menos de un año habían perdido prácticamente su valor.

Por último, en enero de 2013 se suspende su cotización y se lleva a cabo la restructuración de Bankia, que incluía operaciones tales como reducción del valor nominal de las acciones, un contra Split, amortización de bonos convertibles... (Wikipedia, 2020)

Con toda esta vorágine en el mercado financiero se destapa el escándalo de las tarjetas black, tras la sustitución de Rodrigo Rato en 2012 el nuevo presidente comienza a revisar las cuentas en busca de operaciones de dudosa legalidad. De esta manera llegan los indicios de que los altos directivos y consejeros hacían cargos a cuentas del grupo. Tras encontrar estos cargos se solicita a cuatro exdirectivos entre ellos a Rato que expliquen esos gastos, ante la imposibilidad de hacerlo devuelven el dinero. Lo cual hace

Análisis de los fallos en los Gobiernos Corporativos

sospechar que sean movimientos alegales por tanto se solicita un informe jurídico y se traslada el caso a la fiscalía.

Es en 2014 cuando sale a la luz que se está investigando el pago de 12 millones de euros en las tarjetas back, cuya sentencia fue ratificada en 2018 por el tribunal Supremo.

Por delitos de malversación de fondos y apropiación indebida, se trata de un delito continuado desde 2002 a 2012 con 65 acusados. Entre ellos estaban miembros del consejo de administración de caja Madrid, además de otros ejecutivos y directivos de Bankia.

En la sentencia queda probada que existía una estructura organizativa que permitía a los investigados la utilización de tarjetas VISA corporativas que podían disfrutar al margen de sus retribuciones convenidas, para su uso personal con cargo a las cuentas de Caja Madrid y posteriormente Bankia. Mediante el uso de estas tarjetas se buscaba superar los límites fijados por el banco de España como compensación económica de los consejeros y miembros de comisión de control de las entidades bancarias. La ley 4/2003 de 11 de marzo de Cajas de Ahorros de la comunidad de Madrid en su artículo 24 dispone las siguientes limitaciones:

1. En el ejercicio de sus funciones, los Consejeros Generales de las Cajas de Ahorros no podrán originar percepciones distintas a las dietas por asistencia y desplazamiento. Corresponderá a la Asamblea General la determinación de dichas percepciones
2. En el ejercicio de las funciones los miembros de los Órganos de Gobierno de las cajas diferentes de los consejeros Generales podrán ser retribuidos en cuyo caso no podrán percibir dietas.

Así mismo la propia legislación societaria atribuye a los administradores determinados deberes básicas como son las recomendaciones de Gobierno Corporativo recogidas en el Código Unificado de Gobierno Corporativo.

Además de lo dispuesto en el artículo 225.1 de la Ley de Sociedades de capital, “los administradores desempeñaran su cargo con la diligencia de un ordenado empresario” y el artículo 226.

Por tanto, podemos afirmar que aun después de las recomendaciones del último código de buena conducta emitido por la CNMV, que los propios estatutos impedían esta práctica se realizó de forma continuada por varios presidentes del consejo de administración, directivos y órganos de control. (Mira, 2019)

Al igual que ha ocurrido con los otros casos ya estudiados no son los órganos de control interno o los auditores quien dan la voz de alarma, son agentes externos quienes desestabilizan las cotizaciones de estas empresas, lo cual conlleva a la búsqueda de causas y terminan apareciendo estos casos.

En este caso la comisión de auditoría, tampoco detectó problemas con la contabilidad o los estados financieros, en 2019 el exauditor interno de Bankia en 2011 declaró lo siguiente:

- Que puso todos los medios para realizar la auditoría interna de Bankia y presentarla ante la CNMV y al auditor externo.
- Entendió que ya no había que realizar ninguna función mas y quedaba a la espera de recibir el informe definitivo del auditor externo.
- No se hicieron mas comprobaciones y no sabe porque no se auditaron correctamente las cuentas.

Lo cual vuelve a plantear la problemática sobre las comisiones de auditoria interna, su deber es velar por la fiabilidad de los estados financieros, encontrar los posibles fraudes para los accionistas que estén escondidos en la contabilidad. Ya que los auditores internos tienen acceso a toda la información de la empresa, podrán ayudar al auditor externo a emitir un informe sin salvedades o limitaciones. (EUROPA PRESS, 2020)

8. Conclusiones

Para concluir este trabajo vamos a hablar de las conclusiones a las cuales hemos llegado, después de repasar los casos con más repercusión a nivel internacional y nacional de los últimos años.

Los escándalos financieros de los últimos años, ha traído consigo la necesidad de determinar las causas y apuntar soluciones para su mejora.

Tras el caso de Enron y su quiebra se `podría pensar que se había terminado con las empresas fraudulentas y los administradores delincuentes, ya que la regulación se volvió más estricta.

Pero pocos años después nos asalta el escándalo de Parmalat donde podemos observar la clara dificultad de regular y controlar las empresas tipo Holding. Ya que al dividirse sus auditorias por zonas geográficas y luego consolidar los estados financieros, de diferentes países con normativas diferentes dan la posibilidad de realizar una contabilidad creativa.

Por tanto, queda de manifiesto la necesidad un regulador independiente que tenga competencias para aplicar sanciones. Dicho regulador debe realizar una vigilancia activa para evitar situaciones irregulares y el fraude.

Por otro lado, están los Auditores externos, los cuales a través de la Ley 22/2015 de Auditorias de cuentas conocen su obligación. Esta ley salvaguarda la independencia de estos, los errores a la hora de detectar los escándalos hasta ahora vienen derivados de dos hechos, la falta de independencia y el no comprobar el trabajo de otras agencias de auditoria.

La ley anteriormente citada introdujo numerosas reformas en la profesión, las mas destacadas fueron la obligación de rotación de auditores cada 5 años, con la posibilidad de renovarlos como hemos explicado anteriormente. La prohibición de realizar determinados servicios distintos a los auditados. Es recomendable una mayor diversidad, acudiendo a otras firmas. El problema actual en auditoria viene derivado de la existencia de un alto grado de concentración, en cuatro grandes empresas, y esto disminuye notablemente la independencia, estas cuatro empresas realizan todas las funciones contabilidad, asesoría jurídica y financiera, consultoría, y auditorias tanto internas como externas.

Se plantea la necesidad de reforzar las herramientas internas en detección del fraude:

- A través de procesos analíticos.
- Técnicas no financieras
- Dar la posibilidad a los propios empleados de destapar fraudes a través de sistemas anónimos.
- Dichos sistemas deben terminar en manos de los consejeros independientes y el auditor para evitar, su ocultación.

Análisis de los fallos en los Gobiernos Corporativos

Otra de las medidas a mejorar es sobre los consejos de administración, y la acumulación de cargos. Aunque se han recomendado métodos de control sobre la figura del presidente del consejo y de dirección, creemos que deben separarse completamente, así los consejeros deben hacer un mayor esfuerzo en comprender las decisiones tomadas por el presidente ejecutivo, teniendo una mirada más crítica.

Debemos hacer una mención importante a la necesidad de reforzar la actuación de las Comisiones de auditoria, la ley define sus funciones y los códigos de gobierno también. Los consejeros de este órgano se deben a los accionistas, defender sus derechos sobre todo lo demás.

A través de cuestionarios que evalúen su independencia, sus conocimientos en materia financiera y contable. Reforzar la supervisión sobre los auditores externos comprobando su trabajo, pidiendo explicaciones de los saldos, siendo proactivos en su trabajo. Un ejemplo de estas medidas las publico Deloitte en su guía práctica para el comité de Auditoria.

Los Códigos de buen gobierno no deben ser solo recomendaciones, en el caso de Bankia vemos que podían haber frenado la malversación de fondos, es necesario la figura de consejero independiente que vele por los inversores, y no dependa de su puesto en un consejo de administración.

Por último, debemos destacar la figura de los accionistas, son los que aportan el capital, pero también son ellos quienes deben demostrar en la bolsa, que el cumplimiento de las recomendaciones y su puesta en funcionamiento generan valor. Es necesario por tanto que los accionistas se involucren más en la autorregulación de los mercados a través de la información que nos hablan de la viabilidad a largo plazo y no solo en los beneficios a corto plazo.

Aunque la regularización aumentase y se exigieran medidas más estrictas, no podríamos asegurar la completa transparencia, por tanto, podemos ver que las ventajas de una mayor regulación de los mercados ayudarían a reducir el fraude, pero siempre se encontrarán formas de cometer un fraude si así lo desea una empresa.

Bibliografía

- al, C. e. (2009). El sistema jurídico: introducción al derecho.
- CNMV. (2020). *código de buen Gobierno*.
- Diez Estrella, F. (2017). *Manual de Derecho Mercantil*.
- EL DERECHO.COM. (05 de 2020). *EL DERECHO.COM*. Obtenido de <https://elderecho.com/nuevos-cambios-normativos-en-materia-de-remuneracion-de-administradores-sociales>
- guiliarte, S.-c. (2016). *Principios de derecho mercantil*.
- INE. (2020). *CIFRAS PYME ENERO 2020*.
- Ley de Sociedades de Capital. (03 de 2020). *BOE*. Obtenido de *BOE*: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>
- María Arroyo, I. A. (2004). El fraude contable. *ICADE*, 253-275.
- MARiscal, p. d. (2018). Del consejo de administración a los códigos de buen gobierno. *economistas*, 106.
- Mira, J. C. (2019). RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ÁMBITO BANCARIO: LA DELIMITACIÓN ENTRE LOS DELITOS DE APROPIACIÓN INDEBIDA Y ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN EL CASO DE LAS TARJETAS BLACK. *REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA*, 345-367.
- Moreno, J. S. (2015). *Lecciones de Derecho Mercantil*.
- Soto, J. C. (2016 de mayo). *El consejo de administración de las sociedades cotizadas*. De. Obtenido de El consejo de administración de las sociedades cotizadas. De
- Velasco Gámez, M. d., Puentes Poyatos, R., & Vilar Hernández, J. (2010). EL CÓDIGO UNIFICADO DE BUEN GOBIERNO. *Revista de Estudios Empresariales. Segunda época*, 99-113.
- Zaro, J. I. (2002). La reforma del Código de Buenas Prácticas. *AECA*, 3-5.
- BME. (21 de 09 de 2020). Obtenido de <https://www.bmegrowth.es/esp/Home.aspx>
- Deloitte. (2016). *Guía práctica Consejeros de la Comisión de Auditoría*. Obtenido de https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/es/Documents/governance-risk-compliance/Deloitte_ES_GRC_Guia-practica-Comite-Auditoria.pdf
- Ejecutivos de Enron vendieron acciones por 1.100 millones de dólares antes de la quiebra. (13 de 01 de 2002). *LA QUIEBRA DE UN GIGANTE*. Obtenido de https://elpais.com/economia/2002/01/13/actualidad/1010910775_850215.html
- EXPANSION. (23 de 09 de 2020). Obtenido de <https://www.expansion.com/2014/07/10/empresas/tecnologia/1405019197.html>
- Gottan Cyti Research. (22 de 09 de 2020). Obtenido de <https://www.gothamcityresearch.com/single-post/2014/07/01/Let%E2%80%99s-Gowex-La-Charada-Pescanova-a-Pescanovan-Charade>
- Moreno, J. S. (2015). *Lecciones de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos.

Análisis de los fallos en los Gobiernos Corporativos